

**VOTO RAZONADO DE LA JUEZA NANCY HERNÁNDEZ LÓPEZ Y DEL JUEZ
RODRIGO MUDROVITSCH**

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO VALENCIA CAMPOS Y OTROS VS. BOLIVIA

SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 2022

(EXCEPCIÓN PRELIMINAR, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS)

1. En el caso Valencia Campos y otros v. Bolivia se discute la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones de los derechos humanos en el contexto de los allanamientos de domicilio y detenciones que se produjeron durante la operación policial que siguió a un asalto a un camión blindado, así como en el contexto del posterior proceso penal y encarcelamiento de los presuntos autores y participantes¹.

2. Nos alineamos plenamente con el razonamiento adoptado por esta Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte" o "Tribunal") en la Sentencia sobre la excepción preliminar, el fondo y las medidas de reparación determinadas².

3. Por lo tanto, este voto se centra en la cuestión específica de los allanamientos nocturnos de domicilio que se produjeron en el caso en juicio. En este contexto, la Corte consideró – acertadamente – que estos allanamientos domiciliarios suponían una violación de los artículos 11.2 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Convención"), que consagran, respectivamente, el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada y en el domicilio y el derecho a la protección de la familia³. Además de los motivos aportados por la Sentencia, creemos que es importante profundizar en la cuestión de la violación de dichos derechos al considerar el carácter estrictamente excepcional de la realización de allanamientos nocturnos y la especial vulnerabilidad de las mujeres y los niños, niñas y adolescentes a este tipo de medida.

4. En este sentido, creemos que la limitación de este recurso de instrucción procesal debe estar prevista en la ley y que debe cumplir con los requisitos de estricta legalidad y proporcionalidad. Estructuraremos nuestras consideraciones sobre el tema de la siguiente manera: tras recapitular brevemente la base fáctica **(I)**, presentaremos los fundamentos que sustentan la inconventionalidad de los allanamientos nocturnos de domicilio – salvo en situaciones absolutamente excepcionales, que se expondrán en este voto-, haciendo hincapié en los valores de privacidad, intimidad y sociabilidad,

¹ Corte IDH. *Caso Valencia Campos y otros v. Bolivia. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de octubre 2022. Serie C No. 469, (en adelante, "Sentencia"), párr. 109.

² En concreto, el Tribunal concluyó que el Estado es responsable de violar el derecho a la libertad; el derecho a la vida privada y familiar y al domicilio; el derecho a la propiedad privada; el derecho a la integridad personal; los derechos de los niños y niñas; el derecho a la vida; el derecho a la salud; los derechos a la presunción de inocencia y a la protección del honor y de la dignidad; los derechos a las garantías judiciales (en particular, el derecho a la defensa y el derecho a no declarar contra sí mismo); y el deber de investigar los actos de tortura.

³ *Cfr.* Sentencia, párrs. 147 a 157. Se observa que las detenciones que se produjeron en el contexto de los allanamientos de domicilio también supusieron una violación del derecho a la libertad (artículo 7 de la Convención). Este voto, sin embargo, se centra en los allanamientos en sí mismos.

así como en el deber de protección de grupos vulnerables **(II)**, para demostrar la absoluta necesidad de observar la legalidad y proporcionalidad en la regulación y en la ejecución de los allanamientos nocturnos del domicilio **(III)**.

I.Contextualización de los allanamientos de domicilio nocturnos practicados por los agentes estatales.

5. Según consta en la Sentencia, el 14 de diciembre de 2001, un grupo de personas asaltó un carro blindado en la ciudad de La Paz, escapando del lugar del crimen⁴. El mismo día, el Juzgado Octavo de Instrucción en lo Penal Cautelar dictó la Resolución n°180/2001, ordenando un registro con poderes de incautación en dos domicilios⁵ para para buscar a los autores⁶. El 17 de diciembre de 2001, el mismo tribunal emitió la Resolución n° 186/2001, ampliando la anterior para incluir seis propiedades más⁷ y autorizando expresamente la realización de las operaciones en horario nocturno, en base al artículo 118 del Código del Procedimiento Penal de Bolivia⁸.

6. En efecto, el artículo 118 del Código del Procedimiento Penal Boliviano⁹ establece la facultad del juez de instrucción de emitir mandamientos en horas extraordinarias¹⁰. Sin embargo, es necesario situar este artículo y las resoluciones dictadas por el Tribunal Octavo de Sentencia dentro del panorama general del ordenamiento jurídico boliviano. Por lo tanto, es fundamental que cualquier análisis parta de la disposición de la Constitución Boliviana¹¹ sobre la inviolabilidad del domicilio, que, según la redacción vigente al momento de los hechos, prohibía expresamente el allanamiento nocturno en ausencia del consentimiento del residente o de una configuración de un delito flagrante.¹²

7. Además, el Código del Procedimiento Penal contiene un dispositivo específico que regula los allanamientos de domicilio (artículo 180), estableciendo que “[q]ueda prohibido el allanamiento de domicilio o residencia particular en horas de la noche (...) salvo el caso de delito flagrante” y definiendo como horario nocturno “el tiempo comprendido entre las diecinueve horas y las siete del día siguiente”.¹³ Ambas disposiciones, asimismo, exigen entender el concepto de flagrancia, definido en el artículo 230 del Código del Procedimiento Penal como “cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de intentarlo, de cometerlo o inmediatamente después mientras es perseguido (...)”.¹⁴

⁴ Cfr. Sentencia, párrs. 51-52.

⁵ Calles Virgen de Rosario n°55 y Calle 11 n°120, en La Paz.

⁶ Cfr. Sentencia, párr. 53.

⁷ Inmuebles identificados: Avenida Cívica, No. 75, Calle Presbítero Medina No. 2525 y No. 2523, callejón Las Rosas No. 2315, Plaza Liberal No.6568-B e calle Zarzuela No. 600.

⁸ Sentencia, párr. 53.

⁹ Cfr. Código de Procedimiento Penal, Ley No. 1970 de 25 de marzo de 1999 (expediente de prueba, folios 2109, 2110, 2118, 2124, 2125, 2137 y 2138).

¹⁰ Cfr. Texto completo de la norma en Sentencia, párr. 50.

¹¹ Cfr. Constitución Política del Estado de Bolivia de 1995, Ley No. 1615 de 6 de febrero de 1995 (expediente de prueba, folios 2056 y 2058).

¹² Cfr. Texto completo de la norma en Sentencia, párr. 49.

¹³ Cfr. Art. 180 del Código de Procedimiento Penal, texto completo en Sentencia, párr. 50.

¹⁴ Cfr. Texto completo de la norma en Sentencia, párr. 50.

8. Sobre la base de las mencionadas Resoluciones nº180 y nº186¹⁵, decenas de agentes estatales armados irrumpieron en seis edificios¹⁶ el 18 de diciembre de 2001 en El Alto, La Paz y Santa Cruz, y uno en Cochabamba para localizar y aprehender a los autores del asalto al camión blindado - que había ocurrido 4 (cuatro) días antes, es decir, en ausencia de una situación flagrante. En los domicilios allanados, había mujeres, niños y niñas¹⁷, y la mayoría de los residentes, según la hora del día, iba vestida con ropa de dormir¹⁸.

9. Además de los seis allanamientos nocturnos, los agentes estatales también allanaron el domicilio ubicado en la avenida Simón López (ciudad de Cochabamba) a las 8:30 horas, donde se encontraba Carlos Álvaro Taboada Valencia¹⁹. Teniendo en cuenta el marco legislativo resumido anteriormente y presentado en la Sentencia (párrs. 49 y 50) – en particular, el paradigma constitucional de la inviolabilidad del domicilio, que sólo incluye el consentimiento o la flagrancia como excepciones –, cabe destacar que estos allanamientos se produjeron cuatro días después del asalto la furgoneta que trasladaba dinero. Como señala la perita María Luisa Piqué²⁰, y transcrita en la Sentencia, *"no es posible subsumir la situación bajo ningún concepto plausible de flagrancia y menos aun tomando en cuenta la legislación boliviana vigente al momento de los hechos, la más restrictiva de la región"*. Por lo tanto, es evidente que los allanamientos nocturnos se llevaron a cabo en violación del derecho interno y, por lo tanto, en afrenta al principio de legalidad, objeto central de este voto²¹. Este incumplimiento es especialmente grave porque, además de ser una violación del derecho interno, constituye una afrenta a la propia Constitución del país²².

10. Ante este grave escenario, la Sentencia señaló acertadamente que la protección del derecho a la vida privada, a la vida familiar y al domicilio implica el reconocimiento de una esfera personal libre e inmune al allanamiento o injerencia arbitraria de terceros o de la autoridad²³ y el entendimiento del domicilio como un espacio en el que se puede desarrollar libremente la vida privada²⁴. Asimismo, refiriéndose específicamente al núcleo familiar, la Sentencia reforzó el deber del Estado de proteger a los ciudadanos contra las injerencias arbitrarias e ilegales que les afecten²⁵.

11. Teniendo como premisas estas valiosas consideraciones, pasamos a profundizar en los dos aspectos que motivan este voto: la justificación de la prohibición

¹⁵ Se subraya que las direcciones del Pasaje Juan Manuel Cáceres No. 1365, del Hotel Tropical Inn y la av. Simón López en la ciudad de Cochabamba no estaban enumeradas en las resoluciones, cfr. Sentencia, párrs. 129 y 130.

¹⁶ Domicilio ubicado en el Pasaje Las Rosas nº2319, invadido a las 2h45; domicilio ubicado en la calle Presbítero Medina nº2525, allanado a las 3h00; domicilio localizado en la Avenida Cívica nº75, allanado a las 01:00; domicilio situado en el Pasaje Juan Manuel Cáceres No. 1365, allanado entre a las 04:00 y a las 05:00; el domicilio localizado en la zona de Iparvi, allanado entre a las 6:00 y a las 6:30; el cuarto de Freddy Cáceres en el Hotel Tropical Inn, allanado en la madrugada, cfr. Sentencia, párr.129.

¹⁷ Pasaje Las Rosas No. 2319: dos mujeres y dos menores; Presbítero Medina No. 2525: una mujer y un menor; Avenida Cívica No. 75: tres mujeres y dos menores; Zona de Iparvi: tres mujeres; Pasaje Juan Manuel Cáceres No. 1365: una mujer embarazada; Hotel Tropical Inn: una mujer, cfr. Sentencia, párr. 127.

¹⁸ Operaciones policiales descritas en la Sentencia, párr. 54, y detalladas en los párrs. 55-72.

¹⁹ Cfr. Sentencia, párr. 130.

²⁰ Peritaje escrito por María Luisa Piqué el 16 de junio de 2022 (expediente de prueba, folio 12550)

²¹ También quedó probado en el caso, además de la violación de los parámetros de legalidad, el carácter arbitrario de la operación policial, que implicó actos de violencia y tortura, incluso contra una mujer embarazada y menores de edad, abordados en la Sentencia (párrs. 175 a 191).

²² Cfr. Constitución Política del Estado de Bolivia de 1995, Ley No. 1615 de 6 de febrero de 1995. Artículo 21, reproducido en el párr. 49 de la Sentencia.

²³ Cfr. Sentencia, párr. 147.

²⁴ Cfr. Sentencia, párr. 147.

²⁵ Cfr. Sentencia, párr. 148.

de los allanamientos nocturnos para la protección de los derechos a la vida privada, al domicilio y la protección de la familia – con énfasis en el deber reforzado de protección del Estado en relación con los grupos especialmente vulnerables – y un análisis más detallado de la excepcionalidad de los allanamientos domiciliarios nocturnos y la obligación de motivar reforzadamente las razones que justifican su utilización, detallando las razones que impiden hacer el allanamiento en horas ordinarias.

II. El fundamento de la restricción de los allanamientos nocturnos de domicilio para salvaguardar los derechos a la vida privada, al domicilio y a la protección de la familia.

12. El lugar donde reside una familia o un individuo no es un espacio físico insignificante. Por el contrario, es un *locus* esencial para que los individuos ejerzan su intimidad y sociabilidad, con la intensa expectativa de privacidad inherente a un hogar. Por lo tanto, la protección del domicilio no es una mera defensa de los derechos relacionados con la propiedad frente a las injerencias externas. Más bien, su protección es una condición fundamental para el disfrute de los derechos a la vida privada y a la vida familiar, bienes jurídicos de especial naturaleza y singular relevancia, justificando la existencia de un derecho específico a la protección del domicilio. Además, en casos como el presente, el imperativo de proteger el hogar se basa en la vulnerabilidad específica de grupos como las mujeres y los niños, niñas y adolescentes, grupos en relación con los cuales el Estado tiene obligaciones especiales de protección.

13. Por lo tanto, cualquier incursión arbitraria del Estado en los domicilios privados representa una grave amenaza para estos derechos, que se agrava en el caso de las operaciones policiales nocturnas. A continuación, delinearemos los contornos de las ideas de privacidad, intimidad y sociabilidad, destacando la forma en que estos valores se apoyan mutuamente y deben ser protegidos en el contexto del hogar **(a)**; enfatizaremos la extrema gravedad que implican los allanamientos nocturnos de domicilio **(b)**; y presentaremos la singular afectación de estos valores en relación con los grupos vulnerables **(c)**.

a. Los valores de privacidad, intimidad y sociabilidad como fundamentos para la protección de domicilio.

14. Los valores de la **privacidad y la intimidad** son los fundamentos naturales de cualquier debate sobre el significado de la inviolabilidad del domicilio. La protección del domicilio, tal y como la prevén habitualmente las Constituciones nacionales, circunscribe, por tanto, un ámbito de intimidad personal y familiar.

15. Sin embargo, no es posible hablar de privacidad e intimidad sin referirse a la **sociabilidad**. La retórica habitual del hogar como "fortaleza" o "castillo", en el que sus habitantes deben disfrutar de una barrera contra el mundo exterior²⁶, puede sugerir nociones sencillas de privacidad e intimidad como derechos individuales. Es cierto que "la residencia", como afirma Jean-Paul Demoule, traduce "el grado de autonomía del grupo que vive allí con respecto al resto del cuerpo social"²⁷. Sin embargo, un énfasis exclusivo en las barreras que impone el hogar puede descuidar

²⁶ Cfr. MCCLAIN, L. C. Inviolability and privacy: the castle, the sanctuary, and the body. *Yale Journal of Law & the Humanities*, v. 7, n. 1, p. 195-242, 1995. p. 201-202.

²⁷ Cfr. DEMOULE, J.-P. Qu'est-ce qu'une maison ? *Rue Descartes*, v. 43, n. 1, p. 104, 2004. p. 111. Traducción propia: "La maison, comme le vêtement pour chaque individu, signifie aussi le degré d'autonomie du groupe qui l'habite par rapport à l'ensemble du corps social."

su importancia como condición necesaria para la formación y conservación de los vínculos entre los individuos.

16. Para garantizar la protección de la privacidad y, por tanto, la posibilidad de crear y mantener vínculos, son necesarias ciertas estructuras jurídicas y sociales, entre las que se encuentran las normas que garantizan los derechos de una persona sobre su hogar. Al fin y al cabo, el hogar es el lugar donde prevalecen típicamente esas relaciones de confianza, que comprenden dimensiones de apego y pertenencia personal, en las que cada habitante del grupo que lo habita se encuentra en "una situación socialmente cómoda en la que es un miembro activo y valorado"²⁸. Reforzamos así que las intrusiones indebidas en el entorno del hogar "pueden ser profundamente destructivas para la relación que subyace en el momento particular de intimidad que se interrumpe"²⁹. Estas perturbaciones son capaces de erosionar las bases materiales que sustentan las valiosas relaciones afectivas entre los distintos individuos que las habitan y se suman a la violación de la esfera de la libertad personal y la intimidad.

17. Así, cualquier perturbación de la intimidad del hogar representa graves riesgos para estos derechos de máxima importancia: la privacidad, la intimidad y la sociabilidad. La injerencia arbitraria en la inviolabilidad del domicilio por parte del aparato estatal es aún más grave, ya que hace uso de instrumentos coercitivos con un alto potencial de impacto.

18. Por ello, no es de extrañar que los instrumentos de protección internacional de los derechos humanos reflejen, desde el principio de su protección transnacional, una preocupación por la inviolabilidad del domicilio. Tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en su artículo 12), como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en su artículo 5) ya preveían, en 1948, la inviolabilidad del domicilio. Dicha garantía fue reproducida en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ("PIDCP") en 1966, en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos en 1950 y en el artículo 11 (en relación con el artículo 17) de la Convención Americana en 1969.

19. El Tribunal Europeo también ha reconocido que el domicilio es normalmente el lugar donde se desarrolla la vida privada y familiar, y que las personas tienen derecho a que se respete su domicilio, concebido no sólo como el derecho al espacio físico sino también como el derecho a disfrutarlo con tranquilidad, por lo que debe ser protegido contra la entrada de personas no autorizadas³⁰. En la misma línea, la Comisión Interamericana ya ha indicado que las intervenciones de las fuerzas de seguridad del Estado en *locus* familiar han violado en varias ocasiones el derecho a la inviolabilidad del domicilio³¹, derecho este que constituye una garantía de derecho a la privacidad y del debido proceso legal³².

²⁸ TONER, C. Home and Our Need for It. *Journal of Philosophical Research*, v. 44, p. 251–272, 2019. p. 264. Traducción propia.

²⁹ GERSTEIN, R. S. Intimacy and Privacy. *Ethics*, v. 89, n. 1, p. 76–81, out. 1978, p. 79.

³⁰ Cfr. TEDH. Halabi v. Francia, n. 66554, sentencia 16 de mayo de 2019, §54; y Sabani v. Bélgica, n. 53069/15, sentencia de 8 de marzo de 2022, §41.

³¹ Cfr. CIDH. Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos (2009) OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57 31 diciembre 2009. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>. §176

³² Cfr. CIDH. Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas (2006) OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 5 rev.17 marzo 2006. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Defensores/defensoresindice.htm>. § 97.

b. La gravedad reforzada de los allanamientos nocturnos de domicilio

20. El período nocturno se percibe históricamente, en diversas culturas, como "el primer mal necesario del hombre, nuestro más antiguo y acechante de terror"³³. En efecto, los riesgos para la integridad humana se magnifican entre la puesta y la salida del sol, una percepción que se tiene comúnmente, incluso con todos los avances tecnológicos que se han producido a lo largo del tiempo y que han facilitado la vida humana en el período nocturno.

21. Esta percepción es correcta en relación con las circunstancias específicas de los allanamientos nocturnos, ya que, debido a la hora, el período es más propicio que el diurno para la perpetración de violaciones de los derechos humanos, dada la reducida circulación de personas y la menor posibilidad de ayuda o presencia de testigos. Tales condiciones son demostrablemente favorables a la práctica de abusos de autoridad en las operaciones del Estado. Un ejemplo de prácticas estatales abusivas en estas circunstancias se encuentra en el caso *Vinks and Ribicka vs. Letonia* (2020), en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que el riesgo de abuso de autoridad y de violación de la dignidad humana es inherente a una situación, como el del caso en cuestión, en la que los residentes se ven confrontados en su domicilio a primeras horas de la mañana por un grupo de agentes de policía especialmente entrenados³⁴.

22. Asimismo, nuestro continente no es ajeno a este problema. Históricamente, las operaciones policiales y militares nocturnas han sido la base para la perpetración de graves violaciones de los derechos humanos. Basta con recordar, a modo de ejemplo, el caso de Juan Humberto Sánchez contra Honduras (2003), que se produjo en el contexto de las desapariciones forzadas y las ejecuciones extrajudiciales en el país entre los años 80 y 90. En este caso, la víctima fue detenida por personal militar en dos ocasiones en el domicilio de sus padres durante la noche, en ausencia de una orden de detención o de una situación flagrante, en violación de la Constitución hondureña de 1982, cuyo artículo 99 prohíbe los allanamientos de morada entre las seis de la tarde y las seis de la mañana - lo que llevó a la Corte a concluir que dichos allanamientos violaron la Convención³⁵.

23. Otra razón para la especial gravedad de los allanamientos nocturnos es la elevada y razonable expectativa de intimidad durante este periodo³⁶. En general, las actividades familiares más íntimas tienen lugar por la noche, por lo que la violación del domicilio por parte de las autoridades policiales en horario nocturno produce mayor ansiedad a los residentes y resulta aún más amenazante, como reconoce la Corte Suprema del Estado de Minnesota en el caso *State v. Jackson*³⁷. Además, los

³³ EKIRCH, A. R. *At Day's Close: Night in Times Past*. New York: Norton, 2006. p. 3. Sobre la noche, Borges escribe: "Nadie puede contemplarla sin vértigo." BORGES, Jorge Luis. *Historia de la noche*. In: *Obras completas, 1975-1985*. Buenos Aires, Emecé, 1989, p. 201.

³⁴ Cfr. TEDH. *Vinks y Ribicka v. Letonia*, n. 28926/10, sentencia de 30 de enero de 2020, párr. 114.

³⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C, No. 99, párr.79.

³⁶ "La razón de ser de la prohibición es que en horas de la noche el domicilio es un lugar particularmente sensible en términos de vida privada y las personas en general realizan actividades íntimas por excelencia, como dormir, asearse, cenar, mirar televisión, leer, hablar de cuestiones personales. Es el horario de reencuentro familiar, en el que los niños y las niñas están en el hogar, en el que las personas están en ropa de cama o incluso durmiendo. Por lo tanto, hay una expectativa de intimidad muy alta". Informe escrito presentado por María Luisa Piqué el 16 de junio de 2022 (expediente de prueba, folio 12550)

³⁷ Cfr. Supreme Court of Minnesota. *State of Minnesota v. Jackson*, No. A05-247, (2007).

residentes se encuentran en una situación aún más vulnerable si están dormidos, ya que cuando duermen su capacidad de alerta y defensa se reduce sustancialmente³⁸.

24. La vulnerabilidad de las personas y las familias a la violación en los allanamientos domiciliarios nocturnos se agrava gravemente cuando hay mujeres, niños, niñas y adolescentes en el hogar, lo que se tratará en la siguiente sección.

c. La especial afectación de los derechos a la vida privada, la intimidad y la vida familiar en relación con los grupos vulnerables.

25. La sentencia reconoce que los efectos negativos de los allanamientos de viviendas son especialmente perjudiciales para los grupos vulnerables, como las mujeres y los niños, niñas y adolescentes³⁹. En efecto, el deber de diligencia debida y de protección reforzada en relación con los derechos de las personas pertenecientes a grupos vulnerables está ampliamente reconocido en la jurisprudencia de esta Corte⁴⁰. Creemos necesario, sin embargo, hacer consideraciones específicas sobre la afectación diferenciada de grupos vulnerables, como ocurrió en este caso concretamente.

26. Con respecto a las **mujeres**, una de las formas en que se evidencia dicha vulnerabilidad es en el mayor riesgo de violencia, incluida la de carácter sexual. Como ha declarado reiteradamente este Tribunal, la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará⁴¹ obligan a los Estados a adoptar medidas para prevenir la violencia de género y a actuar con la debida diligencia para investigar y castigar a los responsables, así como para reparar las violaciones que ocurren.⁴² En el caso de los allanamientos domiciliarios – que, como se ha explicado anteriormente (véase II.a), ya están impregnados de un alto grado de intrusismo y riesgo – los Estados tienen la obligación de adoptar medidas reforzadas para prevenir las violaciones de los derechos de las mujeres. A este respecto, cabe mencionar la posición de la perita Guzmán Rodríguez:

En el contexto de allanamientos, capturas y privaciones de la libertad el enfoque de género debería concretarse en un conjunto amplio de medidas que deberían considerar, al menos, las siguientes: (i) caracterización previa de las personas potencialmente afectadas con dichas medidas con el fin de planear las actividades correspondientes; (ii) prevención de riesgos de ocurrencia de violencias basadas en género, por ejemplo, a través de la capacitación previa de quienes participan en diligencias penales y la adopción de mecanismos específicos de verificación en estas diligencias; (iii) identificación temprana de posibles casos que configuren violencias basadas en género (VBG); (iv) remoción de los factores de riesgo que pueden llevar a la ocurrencia de VBG; (v) investigación de todos los hechos que puedan constituir alguna forma de VBG; y (vi) atención y reparación a las víctimas de VBG⁴³.

³⁸ A modo de ejemplo: "At the same time, the reason for limiting nighttime searches—preventing abrupt intrusions on sleeping residents in the dark". US Court of Appeals for the First Circuit. United States v. Young, 877 F.2d 1099, 1104 (1st Cir.1989) (BREYER, J.).

³⁹ Cfr. Sentencia, párr. 153.

⁴⁰ A título de ejemplo: Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 103.

⁴¹ En igual sentido, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (1979), ratificada por Bolivia en 1990.

⁴² Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") v. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr.258

⁴³ Peritaje escrito rendido ante notario público por Diana Guzmán el 16 de junio de 2022 (expediente de prueba, folio 12765).

27. En el contexto de los allanamientos de domicilio, también puede constatarse la presencia de estereotipos de género que afectan negativamente el comportamiento de las autoridades estatales. Como ha reconocido esta Corte, entre otros, en el caso *González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México* (2009), las condiciones de subordinación de las mujeres a prácticas basadas en estereotipos de género se agravan cuando se reflejan en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades policiales⁴⁴. En el caso que se analiza, llama especialmente la atención que las mujeres víctimas, en reiteradas ocasiones, indicaron que fueron objeto de un lenguaje sumamente misógino y discriminatorio por parte de los agentes estatales que participaron en los allanamientos, quienes se refirieron a ellas como "perras"⁴⁵, entre otras palabras degradantes⁴⁶.

28. Además de las agresiones verbales ya generalizadas, la mayoría de las mujeres sufrieron algún tipo de violencia sexual en el momento del allanamiento nocturno de su domicilio, en clara contradicción con los preceptos internacionales que exigen su protección contra toda forma de violencia y discriminación, incluida la basada en el sexo,⁴⁷ en especial, cuando se encuentran bajo la custodia del Estado⁴⁸. Las declaraciones recibidas por este Tribunal son atroces, indicando un nivel extremo de violación de la privacidad e intimidad de estas mujeres, reflejado, en parte, en la Sentencia (párrs. 184-190). Cabe recordar que esta Corte ya ha subrayado el carácter particularmente grave y condenable de la violación sexual cometida por los agentes de seguridad contra las mujeres detenidas⁴⁹, así como que en ningún caso es admisible tal violación⁵⁰.

29. La violencia de género ejercida en el caso concreto se acentuó, en línea con lo expuesto anteriormente (ver II.b), porque se produjo por la noche, circunstancia en la que las mujeres eran más vulnerables. A este respecto, las declaraciones recibidas por este Tribunal son espantosas. A modo de ejemplo, citamos el relato de una de las víctimas según el cual, al momento del allanamiento de su domicilio, estaba vestida con su pijama (un pantalón corto y una camiseta) y rogó a los policías que la rindieron que la permitieran ponerse unos pantalones⁵¹. Sus peticiones fueron denegadas y, ante la negativa, los agentes del Estado comenzaron a insultarla y humillarla aún más⁵².

30. Como ha cristalizado en la jurisprudencia de este tribunal y está bien establecido en la Sentencia⁵³, el deber reforzado de protección del Estado también existe en relación con los **niños, niñas y adolescentes**, en consonancia con el principio del interés superior del menor. Este interés se manifiesta en el contexto específico de los allanamientos de domicilio, en los que se intensifica la vulnerabilidad

⁴⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") v. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401.

⁴⁵ A modo de ejemplo, declaración escrita ante notario público hecho por Patricia Gallardo Ardúz, (expediente de prueba, folio 12719).

⁴⁶ A modo de ejemplo, una víctima indica que los policías trataron a sus hijas con "palabras soeces". Declaración en juicio oral hecha por Victoria Gutiérrez de Lulleman (expediente de prueba, folio 9638).

⁴⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 303.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 311.

⁴⁹ *Ibid.*, párr. 311.

⁵⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles v. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 303.

⁵¹ Cfr. Declaración escrita ante notario público rendida por Patricia Gallardo Ardúz, expediente de prueba, folio 12719.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Sentencia, párrs. 214, 215.

de los menores, dada la ruptura del sentido de protección del hogar y el testimonio de la detención de los adultos con los que cultivan las relaciones familiares y la confianza. No en vano, el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), ratificada por Bolivia en 1990, garantiza expresamente a los menores la protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia y su domicilio⁵⁴. Por lo tanto, los Estados tienen el estricto deber de considerar y, en la medida de lo posible, mitigar los riesgos de violación de sus derechos.

31. Especialmente en lo que se refiere a los allanamientos nocturnos, es posible que las autoridades policiales prevean la presencia de niños, niñas y adolescentes en el lugar de la operación, por lo que deben considerar el trauma al que se verá expuesto el niño, la niña o el adolescente cuando se cuestione su creencia de estar inserto en un entorno de protección y refugio en su hogar. Por lo tanto, es imprescindible buscar, en la medida de lo posible, realizar las operaciones policiales (si son necesarias y están respaldadas por la legalidad) durante el día, cuando se pueden mitigar los impactos sobre la niñez. Esta obligación está en consonancia con el entendimiento de que los niños, niñas y adolescentes son especialmente vulnerables a diversas formas de violencia y que cualquier acción estatal que pueda afectarles negativamente exige una protección y una diligencia reforzadas⁵⁵.

32. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos al evaluar la cuestión en el caso *Dokukiny v. Rússia* (2022), en la que se detuvo al padre de un niño de 4 años en su presencia, condenó el hecho de que los agentes de policía no tuvieran en cuenta la presencia del menor y no consideraran su interés superior. El Tribunal subrayó que ver cómo la policía se llevaba al padre constituía una experiencia dolorosa y traumática⁵⁶. También destacó la preocupación por la ausencia de directrices e instrucciones específicas sobre la planificación de las detenciones y otras operaciones policiales en situaciones que implican la presencia de niños, a fin de evitar su exposición a escenas de violencia y el riesgo de que sufran abusos físicos⁵⁷. Precisamente, por ello, el Tribunal Europeo ha subrayado que, a la hora de planificar y llevar a cabo operaciones policiales contra adultos, deben tenerse en cuenta los intereses de los menores presentes⁵⁸.

33. Todos estos preceptos fueron violados en las operaciones que tuvieron lugar en el caso *Valencia Campos y otros v. Bolivia*. Durante los allanamientos nocturnos, los niños y adolescentes fueron expuestos a escenas de violencia contra sus padres y madres (incluyendo escenas de violencia sexual)⁵⁹. Por si no fuera suficiente el gran trauma que supone ser testigo de este tipo de violencia, algunos niños y adolescentes también sufrieron violencia física directa a manos de los agentes del Estado⁶⁰. En un vídeo de la operación presentado como prueba en este caso, la imagen de una niña, en su cama y en pijama, siendo abordada por las fuerzas policiales es desgarradora⁶¹.

⁵⁴ UNICEF. Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

⁵⁵ Cfr. TEDH, *Dokukiny v Rússia*, n. 1223/12, sentencia de 24 de mayo de 2022, En el mismo sentido, TEDH. *A. v. Rusia*, n. 37735/09, sentencia de 12 de noviembre de 2019, párr. 67.

⁵⁶ Ibid, párr. 28

⁵⁷ Ibid., párr. 28.

⁵⁸ En este sentido, TEDH. *A. v. Rusia*, 2019, párr. 67.

⁵⁹ Conforme descrito en la Sentencia (párrs. 187-188).

⁶⁰ Sentencia, párr. 216.

⁶¹ Cfr. Vídeo VHS de la operación policial adjunta al expediente de prueba, minutaje 10:15.

34. Nos impacta, entre otros, el testimonio de una de las víctimas que era menor de edad en el momento de los hechos, en el que se verifica la ocurrencia de las dos formas de violencia a las que fueron sometidos los menores:

[V]i a mi mamá ensangrentada y la mesa del comedor llena de sangre, vi a mi papá tirado en el piso con sangre en la cara y el piso lleno de sangre en su cabeza pusieron algo, los policías lo golpeaban todo el tiempo (...) yo me puse a llorar pero en silencio porque no quería que me peguen igual que a él, uno de los policías me dijo dejare de pegar a tu papá si me avisas donde hay dinero, pero yo no sabía (...) y el policía me pegaba una y otra vez con la culata del arma, así paso una media horas más, luego me dijo que le dejaría de pegar a mi papá si le avisaba donde vivía el camba (se refería a Eladio Cruz) y me saco de la casa en pijama con mis pantuflas, sin pedir permiso a mi papás para salir de la casa, no dejaron que me abrigue, no me dejaron sacar nada de mi casa, me tuvieron parado en la calle en el pasaje Las Rosas por mucho tiempo⁶².

35. Por ello, la consideración de la especial vulnerabilidad de estos grupos refuerza el entendimiento del Tribunal Europeo, en el caso *Gustanovi v. Bulgaria* (2014), de que la presencia de familiares en el lugar de detención debe ser tenida en cuenta a la hora de planificar y ejecutar las operaciones policiales, con el fin de salvaguardar los intereses legítimos de terceros vulnerables que no son el objetivo de la orden de detención y considerar el especial impacto producido en mujeres y niños⁶³. Así, tras haber llamado la atención sobre el sólido fundamento del imperativo de la inviolabilidad del domicilio, sobre el carácter especialmente intrusivo de los allanamientos nocturnos de domicilio y sobre los efectos negativos especialmente desproporcionados que tales operaciones policiales suponen para los grupos vulnerables, abordaremos, en la Parte III, bajo qué estrictas condiciones pueden, excepcionalmente, justificarse los allanamientos nocturnos.

III. La evaluación de la convencionalidad de los allanamientos nocturnos en base a los deberes de estricta legalidad y proporcionalidad.

36. El debate sobre la convencionalidad de los allanamientos nocturnos debe situarse en la intersección entre el proceso penal, el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. La tensión entre los derechos individuales y los intereses colectivos o estatales se manifiesta con mayor intensidad en el contexto de los procesos penales. La forma en que el Estado maneja esta tensión es uno de los principales indicadores del nivel de protección de los derechos y garantías individuales que ofrece el respectivo ordenamiento jurídico-constitucional. En este sentido, Roxin y Schünemann afirman que el derecho procesal penal es el "sismógrafo de la constitución estatal"⁶⁴.

37. Esta relación tensional entre los derechos individuales y la persecución penal, cuya brújula es el orden constitucional, puede verse desde una doble perspectiva. Por un lado, las constituciones nacionales, así como la Convención y otros instrumentos normativos internacionales, contienen una serie de "derechos procesales

⁶² Cfr. Declaración escrita rendida ante notario público por Alexis Eduardo Valencia Alarcón, expediente de prueba folios 12619 y 12620.

⁶³ TEDH, *Gustanovi v. Bulgaria*, n. 34529/10, Sentencia de 15 de octubre de 2013

⁶⁴ ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*, 30ª ed., Munique: C.H. Beck, 2022, § 2 Nm. 1. Sobre la relación entre Constitución y Procedimiento Penal, véase también FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A Nova Constituição e o processo penal, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 36. I-III, 1976, p. 103 ss.; BARREIROS, José António. A Nova Constituição Processual Penal, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 48, v. 2, sept. 1988, p. 425 ss.; TASLITZ, Andrew; PARIS, Margaret; HERBERT, Lenese. *Constitutional Criminal Procedure*, 3ª ed., New York: Foundation Press, 2007, p. 2 ss

fundamentales", como el derecho al debido proceso legal, el derecho a un procedimiento contradictorio y a una defensa completa, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al silencio, y otros.

38. Sin embargo, desde otro punto de vista, el proceso penal está constituido por intervenciones o restricciones a los derechos fundamentales "comunes", no a los derechos específicamente procesales-penales como los mencionados en los párrafos anteriores. Por ejemplo, una interceptación telefónica representa una intervención en el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones; la detención en flagrancia y la prisión preventiva son restricciones (severas) del derecho a la libertad de circulación, la fianza es una intervención en el derecho a la propiedad, etc. Asimismo, el registro domiciliario implica la intervención en el derecho a la inviolabilidad del domicilio y, especialmente en horario nocturno, en el derecho a la intimidad y a la privacidad. Así, las medidas coercitivas aplicadas contra el imputado en el proceso penal (en sentido amplio, incluyendo la fase de investigación), como un registro domiciliario (nocturno)⁶⁵, no son meras herramientas procesales-penales puestas a disposición del Estado, sino que constituyen verdaderas intervenciones en derechos fundamentales, y deben ser analizadas jurídicamente como tales.⁶⁶ Esto significa que el aparato de derecho constitucional (y convencional) debe ser utilizado para verificar la legitimidad de este tipo de restricciones a los derechos más básicos y vitales del individuo. El proceso penal debe concebirse, por tanto, utilizando una expresión ya establecida, como un derecho constitucional (y, por qué no decirlo, convencional) aplicado⁶⁷.

39. Las intervenciones o restricciones de los derechos no son sinónimo de violaciones de los derechos⁶⁸. Las restricciones a los derechos pueden estar justificadas, siempre que se cumplan dos requisitos básicos e indispensables: la restricción debe basarse en una previsión legal⁶⁹ específica y aplicarse de forma proporcional⁷⁰. En otras palabras, el Estado puede restringir derechos justificadamente si se observa el principio de reserva legal - justificación formal⁷¹ - y el principio de proporcionalidad - justificación material. Es importante destacar que estos requisitos

⁶⁵ Sobre la calidad de intervención (grave) en derecho fundamental de búsqueda domiciliar cf. PARK, Tido. *Durchsuchung und Beschlagnahme*, 5ª ed., Munique: C.H. Beck, 2022, § 1 Nm. 23.

⁶⁶ Cfr. SCHMIDT, Eberhard. Von Sinn und Notwendigkeit wissenschaftlicher Behandlung des Strafprozeßrechts, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1953, p. 169 ("punto alérgico de todo o sistema penal"); AMELUNG, Knut. Zur dogmatischen Einordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe, *Juristenzeitung* 1987, p. 737 ss; WOLTER, Jürgen. Verfassungsrecht im Strafprozeß- und Strafrechtssystem Zugleich ein Beitrag zur Verfassungsmäßigkeit der Norm und zum rechtsfreien Raum "vor dem Tatbestand, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1993, p. 1 ss.

⁶⁷ Cfr. GRECO, Luís. Introdução – O inviolável e o intocável no direito processual penal: Considerações introdutórias sobre o processo penal alemão (e suas relações com o direito constitucional, o direito de polícia e o direito dos serviços de inteligência) in WOLTER, Jürgen. *O Inviolável e o Intocável no Direito Processual Penal: Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Traducción de Luís Greco, Alaor Leite, Eduardo Viana. 1ª Edición. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 30. Cf. también NEGRI, Daniele. Agli albori di un paradigma dell'italia repubblicana: il processo penale come "diritto costituzionale applicato", in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, Milão, 2011, p. 13 ss.

⁶⁸ Cfr., similar distinción entre "infringements" y "violations" en HUSAK, Douglas. Lifting the Cloak: Preventive Detention as Punishments, *San Diego Law Review*, vol. 48, 2011, p. 1191, "(...) rights are infringed when an action implicates rights justifiably, and rights are violated when an action implicates rights unjustifiably."

⁶⁹ Cfr., por ejemplo, la Opinión Consultiva 6/86. Corte IDH. *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A, No. 6, párr. 24

⁷⁰ Cfr., por ejemplo, Corte IDH. *Caso Jenkins v. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C, No. 397, párr. 76.

⁷¹ Cfr. MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*, 8a ed., Baden-Baden: Nomos, 2023, p. 330.

deben cumplirse de forma acumulativa⁷²: para certificar la legitimidad de una determinada intervención o restricción, no basta con remitirse a una norma de autorización expresa, sino que es necesario comprobar el principio de proporcionalidad fue respetado en el caso concreto; por el contrario, no es suficiente con demostrar la proporcionalidad de la restricción sin poder señalar una base legal determinada⁷³. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de la ONU también señala que la injerencia en el hogar no sólo debe ser legal sino también no arbitraria, observando las circunstancias particulares de cada caso⁷⁴.

40. La primera condición para la justificación de una restricción de un derecho fundamental es la observancia del principio de reserva de ley⁷⁵. "En una democracia constitucional, un derecho constitucional no puede ser limitado a menos que esa limitación esté autorizada por la ley", nos recuerda Aharon Barak⁷⁶. El principio de reserva de ley también exige que la ley que autoriza la intervención en un derecho fundamental sea clara y determinada. Como afirma Greco, "sin una ley específica que prevea con relativa claridad la intervención e imponga límites materiales y procedimentales, no será lícita la intervención en el derecho fundamental".⁷⁷ En casos como el que nos ocupa, el cumplimiento de este principio es aún más importante, ya que se trata de una excepción a una prohibición categórica: la prohibición, como norma, de los registros domiciliarios nocturnos. Por lo tanto, la intervención regular del registro domiciliario no sólo debe estar prevista por la ley⁷⁸, sino también, y con especial rigor y minuciosidad ⁷⁹, las limitadas excepciones a la prohibición de los allanamientos nocturnos.

41. Este requisito relativo al principio de reserva de ley se cumple, a primera vista o en abstracto, en el caso analizado, dado que, como ya se ha dicho, las excepciones que permiten el registro nocturno estaban previstas en la Constitución boliviana y en el ordenamiento infraconstitucional, siguiendo el ejemplo de la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales del Continente Americano⁸⁰. Sin embargo, el principio de reserva de ley no sólo implica que la intervención deba estar prevista por la ley. Es necesario que la aplicación de la norma se produzca dentro de los límites estrictos de la norma de autorización. En otras palabras, es imperativo que la ley que autoriza la intervención en el derecho fundamental sea interpretada y aplicada con rigor, especialmente cuando se trata de una hipótesis excepcional a una prohibición,

⁷² Cfr., por ejemplo, Corte IDH. *Caso Gangaram Panday v. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16., §47.; Corte IDH. *Caso Servellón García y otros v. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152., §90.

⁷³ Cfr. GRECO, *Op. cit.*, p. 48.

⁷⁴ Cfr. Comité de derechos humanos, PIDCP. Comunicación No 687/1996, Rojas García v. Colombia (2001). Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/450059> . párr. 10.3.

⁷⁵ Especialmente sobre reserva de ley en el Procedimiento Penal cfr. ROGALL, Klaus. *Informationseingriff und Gesetzvorbehalt im Strafprozeßrecht*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 103, 1991, p. 907 ss.

⁷⁶ "In a constitutional democracy, a constitutional right cannot be limited unless such a limitation is authorized by law." (traducción libre), BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, 2012, p. 107. Sobre a relação entre princípio da legalidade e direitos humanos cf. GARIBALDI, Oscar. *General Limitations on Human Rights: The Principle of Legality*, *Harvard International Law Journal*, vol. 17, 1976, p. 503 ss.

⁷⁷ GRECO, *op. cit.*, p. 37.

⁷⁸ Cfr. GENTZ, Manfred. *Die Unverletzlichkeit der Wohnung – Artikel 13 des Grundgesetzes*, Duncker & Humblot: Berlín, 1968, p. 74; CABEZUDO BAJO, *op. cit.*, p. 37.

⁷⁹ Sobre la importancia de la claridad y de lo restringido de la ley que autoriza intervención en derecho fundamental cf. KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. *Grundrechte – Staatsrecht II*, 38a ed., C. F. Müller: Heidelberg, 2022, p. 111. Y específicamente sobre la búsqueda domiciliar PARK, cit., § 1 Nm. 26.

⁸⁰ Sentencia, nota a pie de página 223.

como en el caso de los allanamientos domiciliarios nocturnos. Al igual que en el derecho penal material, la prohibición de la analogía permanece intacta⁸¹.

42. No se concede al juez, ni a las fuerzas policiales, discrecionalidad para promover la intervención en los derechos fundamentales fuera de las hipótesis circunscritas por los límites semánticos de la norma autorizada. En el caso concreto, como ya se mencionó y se identificó correctamente en la sentencia, hubo una patente falta de respeto a la norma de autorización cuando se ejecutaron los registros tras la situación flagrante⁸².

43. Además de estar justificada desde un punto de vista formal, bajo el prisma del principio de reserva de ley, una medida coercitiva como un registro domiciliario (nocturno), que supone una restricción de un derecho fundamental, debe tener una justificación material. Esto debe verificarse a través del principio de proporcionalidad. No es necesario dar más explicaciones sobre este principio, ampliamente reconocido por la doctrina y los tribunales internacionales⁸³. Basta decir que, de acuerdo con este principio, una vez abierto el ámbito de protección de un determinado derecho fundamental, la intervención estatal será proporcional si cumple los siguientes criterios o pasos: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La medida estatal será adecuada si es idónea para promover un fin constitucionalmente legítimo; y necesaria si no existe otra medida tan eficaz como la adoptada para promover el fin perseguido y que restrinja con menor intensidad el derecho fundamental afectado; además de estos criterios, según la noción de proporcionalidad en sentido estricto (también conocida como "prohibición de exceso", traducción de la expresión alemana (*Übermaßverbot*) hay que preguntarse si, a pesar de la adecuación y necesidad de la medida, ésta no incide demasiado en el derecho fundamental afectado en relación con el valor de promoción del fin perseguido – en esta última fase de análisis se realiza una ponderación entre los derechos e intereses antagónicos implicados⁸⁴. Este examen de proporcionalidad ha sido adoptado por esta Corte, por ejemplo, en *Hong Ho Wing y otros vs. Perú* (2018), que trataba del tema de las detenciones arbitrarias:

[Sin perjuicio de la legalidad de una detención, es necesario en cada caso hacer un análisis de la compatibilidad de la legislación con la Convención en el entendido que esa ley y su aplicación deben respetar los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que la medida privativa de libertad no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, razón por la cual el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de

⁸¹ Cfr. KUDLICH, Hans, in *Münchener Kommentar zur StPO*, 1a ed., C.H. Beck: Munique, 2014, Einleitung Nm. 602.

⁸² Sobre el concepto de flagrancia para los fines de la búsqueda domiciliar cf. CABEZUDO BAJO, *op. cit.*, p. 261 ss.

⁸³ *Inter alia* SCHLINK, Bernhard. Proportionality in Constitutional Law: why everywhere but here?, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 22, 2012, p. 291 ss; BARAK, *op. cit.*, p. 131 ss; BERNAL PULIDO, Carlos. The Migration of Proportionality across Europe, *New Zealand journal of public and international law*, vol. 11, 2013, p. 483 ss.; ALEXU, Robert. Proportionality and Rationality, in JACKSON; TUSHNET (org.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, 2017, p. 13 ss.; GREENE, Jamal. Rights as Trumps?, *Harvard Law Review*, vol. 132, 2018, p. 28, 56 ss.; POSCHER, Ralf. Proportionality and the Bindingness of Fundamental Rights, in: BILLIS/KNUST/PETTER RUI (org.), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Hart Publishing: Oxford, 2021, p. 49, 51 ss.

⁸⁴ ALEXU, *op. cit.*, p. 14 ss.; KINGREEN; POSCHER, *op. cit.*, p. 101 ss.

tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.

44. En el caso concreto de los allanamientos de domicilio – especialmente el registro nocturno, que sólo se permite de forma excepcional – el principio de proporcionalidad exige que el magistrado o juez justifique la necesidad de la medida y especifique cuándo se llevará a cabo⁸⁵ y, en los casos de estricta necesidad antes mencionados, que se realice en horario nocturno⁸⁶. Asimismo, deberá fundamentar expresamente por qué no es posible realizar el allanamiento en horario diurno. Entre los criterios que deben sustentar este análisis, destacamos, sin perjuicio de otras consideraciones, los enumerados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *Buck v. Alemania* (2005): la gravedad de la infracción en relación con la operación policial, la forma y las circunstancias en que se dictó la orden, y el contenido y alcance de la misma, con especial atención a la naturaleza de las pruebas buscadas y a la garantía implementada⁸⁷. También hay que tener en cuenta que, en los allanamientos nocturnos, es necesario justificar específicamente la necesidad de que la policía entre en los domicilios en la madrugada mientras los residentes están en la cama⁸⁸. Además, en la decisión deben sopesarse otros factores importantes, como la presencia de niños y mujeres en el hogar. Como ya ha señalado el Comité Internacional de la Cruz Roja en sus Normas Internacionales relativas a la Función Policial, es importante que las operaciones policiales se planifiquen con diligencia para tomar todas las precauciones posibles para proteger a terceras personas que no son el objetivo de la acción e, igualmente, a la persona que va a ser detenida⁸⁹.

45. Es importante considerar, sin embargo, que la ponderación entre el interés estatal y los derechos del ciudadano sólo debe producirse si y después de que se hayan dado los pasos previos adecuados para verificar la justificación de la restricción al derecho fundamental. La ponderación no es un sustituto ni de los juicios de adecuación y necesidad, ni mucho menos del principio de reserva de ley o legalidad. Cuando el juez autoriza una determinada intervención (como en el caso de la autorización judicial para un allanamiento nocturno), no le corresponde ponderar libre y directamente los intereses de la persecución penal y los derechos individuales, sino que su decisión queda vinculada a los principios de legalidad y proporcionalidad en sentido amplio. En otras palabras, al aplicar una norma que autoriza una intervención en un derecho fundamental, el juez debe realizar una subsunción estricta del sustrato fáctico a la ley. Más allá de los contornos semánticos de la norma de autorización y sin los juicios de adecuación y necesidad, cualquier consideración está proscrita⁹⁰.

46. Hay que señalar, por tanto, que la reserva de jurisdicción no sustituye, ni suplanta la reserva de ley, ni mucho menos el principio de proporcionalidad, sino que la concreta y complementa, tal y como ha afirmado el TEDH: "*the fact that a search*

⁸⁵ Cfr. CABEZUDO BAJO, op. cit., p. 215.

⁸⁶ Como expresamente exigido por parte de la doctrina alemana, cf. con posteriores referencias PARK, cit., § 2 Nm. 197.

⁸⁷ Cfr. TEDH, *Buck v. Alemania*, n. 41604/98, sentencia de 28 de abril de 2005, §45.

⁸⁸ Cfr. TEDH, *Keegan v. Reino Unido*, n. 28867/03, sentencia de 18 de julio de 2006, §33.

⁸⁹ Cfr. CICV. Reglas y normas internacionales aplicables a la función policial (2016). Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/icrc-003-809.pdf>. p. 43.

⁹⁰ En este sentido SCHAUER, Frederik. *Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text*, *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, 2010, p. 35 ss., 40, 44, que afirma: "the typical subsumption inquiry is largely constrained, largely textually interpretive, and largely characterized by the way in which the constraints of a moderately clear text, when one exists, exclude numerous factors and considerations that would not only otherwise be relevant, but would also, typically, be relevant were the methodology to be one of balancing or proportionality rather than subsumption."

is based on a warrant issued by a judge does not necessarily amount to a sufficient safeguard. It also matters whether that prior judicial scrutiny was properly carried out (...): whether the judge duly examined the existence of a reasonable suspicion justifying the search”⁹¹.

47. En resumen, es justo decir que el caso analizado muestra la importancia de concebir las medidas coercitivas en el proceso penal como restricciones a los derechos fundamentales, que requieren de una justificación, tanto desde el punto de vista formal, a través de una ley habilitante que debe ser interpretada dentro de sus límites semánticos intrínsecos, como desde el punto de vista material, con estricto respeto al principio de proporcionalidad y sus componentes (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Corresponde al legislador establecer categóricamente la prohibición de los allanamientos nocturnos y definir claramente las excepciones restringidas a dicha prohibición, y corresponde al juez, a su vez, interpretar estrictamente la norma de autorización, concediendo o rechazando la medida a la luz de su adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, especificando en su motivación las razones que impiden que la diligencia se haga en horario no nocturno.

48. Es importante, como consecuencia de los supuestos anteriormente analizados, definir las situaciones concretas que justificarían la excepcionalidad de la inviolabilidad del domicilio, frente al análisis de la proporcionalidad de la medida, especialmente en horario nocturno, que es lo que se pretende en el presente caso. Es decir, una vez verificada la necesidad de prever expresamente, por parte de las legislaciones nacionales, la prohibición de los allanamientos nocturnos y comprobada la inconvencionalidad de estas medidas, es necesario establecer cuáles serían las excepciones a esta prohibición, para que también estén expresamente previstas por los ordenamientos.

49. Siendo así, se enumera la posibilidad de entrar en un domicilio sin autorización judicial figura como una excepción expresa a la regla general, en el caso de flagrancia, tal y como se prevé en el ordenamiento jurídico boliviano ya analizado, y como ocurre también en Portugal, España, Paraguay y Brasil, entre otros. Veamos:

Constitución de Portugal, Artículo 34:

Inviolabilidade do domicílio e da correspondência

1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.

2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei.

3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei.

Constitución de España, Artículo 18:

⁹¹ “el hecho de que un registro se base en una orden emitida por un juez no equivale necesariamente a una salvaguardia suficiente. También importa si ese escrutinio judicial previo se realizó debidamente (...): si el juez examinó debidamente la existencia de una sospecha razonable que justificaba el registro” (TEDH, *Posevini v. Bulgaria*, n. 63638/14, sentencia de 19 de enero de 2017, §70, traducción nuestra).

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

Constitución de Paraguay, Artículo 34:

Todo recinto privado es inviolable. Sólo podrá ser allanado o clausurado por orden judicial y con sujeción a la ley. Excepcionalmente podrá serlo, además, en caso de flagrante delito o para impedir su inminente perpetración, o para evitar daños a la persona o a la propiedad.

Constitución de Brasil, Artículo 5º:

XI -la casa es un asilo inviolable del individuo, y nadie puede entrar en ella sin el consentimiento del habitante, salvo en caso de flagrante delito o de catástrofe, o para prestar auxilio, o, durante el día, por determinación judicial;

50. Sin embargo, la cuestión de la flagrancia, que ya está expresamente prevista en varias legislaciones nacionales, adquiere especial relevancia ante la necesidad de establecer parámetros que vayan más allá de la legalidad de la medida. Es decir, no se puede permitir que los agentes de policía entren en los domicilios de terceras personas bajo la simple alegación de que hay información de un crimen en curso, en supuesto cumplimiento de la disposición legal, ya que esto debilitaría y desvirtuaría la garantía de la inviolabilidad del domicilio aquí estudiada.

51. Es decir, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, dada su importancia y protagonismo, sólo puede ser atenuado cuando el delito flagrante revele la legítima urgencia de entrar en el domicilio ajeno, debidamente justificada y amparada en razones de hecho y de derecho, a fin de evitar que se comprometa la fluidez del procedimiento y la licitud de las pruebas finalmente obtenidas, así como las restricciones indebidas de derecho.

52. Por lo tanto, es necesario ir más allá proponiendo una interpretación que garantice la inviolabilidad del domicilio y que, al mismo tiempo, establezca unos parámetros claros que guíen la actuación de los agentes de seguridad pública en situaciones excepcionales. Para ello, es importante utilizar el artículo 11.2 de la Convención como parámetro de interpretación. Este artículo prevé la protección del hogar contra "injerencias arbitrarias o abusivas".

53. De ello se desprende que un criterio que debe observarse obligatoriamente en el caso de la excepción derivada de la flagrancia es la existencia de hecho de una **justificación previa conforme al derecho** que permita el allanamiento de domicilio. Esto significa que la constatación del delito flagrante debe preceder a la entrada en el domicilio y no puede justificarse posteriormente. De lo contrario, sería una **medida arbitraria**, prohibida por la Convención.

54. A pesar de la posibilidad de prescindir del control judicial previo de la entrada en el domicilio de alguien en esta hipótesis, permitiéndola sin orden judicial, es necesario un riguroso análisis a posteriori por parte del magistrado o juez responsable para verificar si hubo o no violaciones de las garantías individuales en el allanamiento específicamente analizado⁹², como ya ha decidido, por ejemplo, el Supremo Tribunal

⁹² En este sentido, el Supremo Tribunal Federal de Brasil ha decidido recientemente, a la luz del artículo 11.2 de la Convención Americana y del artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que la ausencia de control judicial previo o posterior de los allanamientos de domicilio, incluso en situaciones de flagrancia, quitaba "el núcleo fundamental de la garantía contra la inviolabilidad del domicilio (...) y dejaría de proteger contra las injerencias arbitrarias en el domicilio". Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinario nº 603.615/RO. Juzgado el 05 de noviembre de 2015.

Federal de Brasil. El control judicial posterior es de suma importancia para analizar las razones que justificaron el allanamiento de domicilio, si efectivamente existían elementos que indicaran la presencia de un delito flagrante, es decir, si el análisis de proporcionalidad realizado por los agentes de seguridad pública era coherente, y si existía una base mínima para la adopción de medidas restrictivas de derechos.

55. En términos más concretos respecto de los límites del análisis del juez, se pueden mencionar, por ejemplo, las pruebas ilícitas, las denuncias anónimas y las declaraciones de "informantes" no identificados no pueden servir para debilitar la inviolabilidad del domicilio, sobre todo en horario nocturno, para que la policía pueda allanarlo en la supuesta situación de flagrancia. En estos casos, las pruebas finalmente obtenidas deben considerarse nulas, por su manifiesta ilegalidad, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de los agentes de seguridad pública que participaron en la operación ilegal.

56. Además, la cuestión debe ponerse de relieve a la luz de los crímenes de carácter permanente, cuyo estado de flagrancia se prolonga en el tiempo - en el que el entendimiento que se adopte sobre la posibilidad de violación de domicilio con independencia de una orden judicial debe limitarse a los escenarios en los que se manifiesten elementos suficientes de probabilidad delictiva, es decir, razones fundadas para que la entrada en el domicilio se considere regular y legal. En este sentido, sólo en aquellas situaciones en las que la situación fáctica previa al allanamiento permite concluir que, más allá de toda duda razonable, se están cometiendo conductas criminales en el domicilio, es posible hablar de plausibilidad y licitud del allanamiento.

57. En estos casos de delitos permanentes, es habitual que los allanamientos a domicilios se produzcan cuando existe una mera información (a menudo procedente de un informante no identificado o de una denuncia anónima) de que se está cometiendo un determinado delito. Es evidente que, a la vista de lo anterior, dicha información no es suficiente para sugerir la situación flagrante necesaria para la realización de un allanamiento de domicilio, ni por la fuente de la información ni por su contenido, si no hay prueba de la supuesta conducta que genere una sospecha fundada.

58. Otra cuestión que debe evaluarse es la posibilidad de excepción a la prohibición de allanamiento de domicilio cuando hay "consentimiento del residente", presente en algunas legislaciones nacionales. Esta hipótesis merece más atención, porque es evidente que desconoce la relación desigual que se establece entre el ciudadano y el agente público, especialmente en esta situación en la que el agente pretende tomar una medida para restringir la garantía de inviolabilidad del domicilio.

59. De hecho, la desconfianza en el consentimiento del residente es mencionada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Amos v. United States* (1921)⁹³, en la que se considera que el consentimiento para entrar en la residencia sin una orden judicial no es una renuncia al derecho constitucional contra el allanamiento y la incautación arbitrarios. En otra decisión, la Corte Suprema dictaminó que el consentimiento del residente debe ser "inequívoco, específico y dado con conocimiento

⁹³ Cfr. Suprema Corte de los EUA. *Amos v. US*, 255 US 313 (1921), juzgado el 28 de febrero de 2021.

de causa, no contaminado por ninguna truculencia o coerción" (*United States v McCaleb*⁹⁴).

60. En este sentido, el consentimiento no debe considerarse de forma arbitraria para permitir el allanamiento del domicilio cuando no existe una sospecha razonable de que la situación es flagrante, por el mero hecho de que el ciudadano, dentro de la relación de desigualdad que se establece con el agente público con autoridad y poder, ha permitido a los agentes entrar en el domicilio. Vale la pena reforzar que el allanamiento sin orden judicial sólo es posible cuando existe una constatación previa y fundada de flagrancia, con elementos objetivos y concretos que, dentro de un análisis de proporcionalidad, permiten la acción.

61. No es posible excluir dicho requisito alegando que existió el consentimiento de los residentes. El hecho es que ese consentimiento, para ser jurídicamente válido, debe ser voluntario y libre de coacciones. Es evidente, por tanto, que no se permite ninguna coacción por parte de la autoridad policial para que el residente permita la entrada en su domicilio.

62. Aunque no se niega la posibilidad de prever expresamente dicha excepción, incluso con las salvedades presentadas, el consentimiento, al igual que la flagrancia, también requiere un cuidadoso análisis judicial posterior. En este caso, el juez debe comprobar primero con qué elementos contaban los agentes de seguridad pública para poder adoptar esta medida y, después, qué pruebas hay de que el residente consintió libre y espontáneamente la entrada. En caso de duda, por ejemplo, si las versiones de los agentes y de los residentes son diferentes, debe prevalecer la versión de la persona cuyo derecho fue vulnerado: el ciudadano. Esto se debe a que el Estado tiene la carga de probar que el consentimiento fue realmente libre y voluntario. Para garantizar la inviolabilidad de la medida, el Código del Procedimiento Penal francés, por ejemplo, exige que el consentimiento sea expreso, mediante una declaración manuscrita del interesado, de la siguiente manera:

Article 76 : Les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ou de biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du code pénal ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu.

Cet assentiment doit faire l'objet d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé ou, si celui-ci ne sait écrire, il en est fait mention au procès-verbal ainsi que de son assentiment⁹⁵.

63. No obstante, aunque exista una declaración expresa de consentimiento, es necesario que el Estado pruebe que éste se dio libremente, sin que haya indicios de que se obtuvo de forma coercitiva. Dicho requisito es fundamental para evitar arbitrariedades y abusos de autoridad a la hora de realizar un allanamiento de domicilio.

⁹⁴ US Court of Appeals. Sixth Circuit. *US v. McCaleb*. 552 f.2d 717 (1977), juzgado el 11 de abril de 1977. En el original: "Consent (...) must be unequivocal, specific and intelligently given, uncontaminated by any duress or coercion".

⁹⁵ "Los registros, visitas domiciliarias e incautaciones de objetos o bienes cuyo decomiso está previsto en el artículo 131-21 del Código Penal no podrán realizarse sin el consentimiento expreso de la persona de quien se realizó la operación. Este consentimiento debe ser objeto de una declaración escrita del interesado o, si éste no puede escribir, se hace constar en el acta junto con su asentimiento" (traducción nuestra).

64. Además, es fundamental analizar las particularidades subjetivas del individuo que expresa su consentimiento, como la edad, el nivel de educación, la capacidad intelectual, entre otras hipótesis que podrían eventualmente interferir en su libre aquiescencia.

65. Por último, el libre consentimiento no puede estar condicionado a alguna circunstancia periférica, como ocurre cuando la autoridad ofrece "promesas" para que el particular autorice el allanamiento de domicilio.

66. Así, a la vista de las consideraciones y argumentos expuestos, concluimos que cualquier intervención en el derecho fundamental de inviolabilidad del domicilio, que engloba otros muchos derechos intrínsecos a la intimidad y a la privacidad, debe limitarse a la observación de dos preceptos básicos: el principio de reserva de ley y el de proporcionalidad, que legitiman acumulativamente una determinada medida coercitiva por parte de la autoridad policial.

67. En este sentido, dada la importancia y magnitud del tema, es necesario determinar parámetros concretos que puedan autorizar la entrada de agentes del Estado en domicilios ajenos, especialmente en situaciones de delito flagrante. Ante esto, la orientación que deben seguir las autoridades es que la situación de flagrancia debe ser cuidadosamente analizada a posteriori en cuanto a la comprobación previa de la ocurrencia de un crimen dentro de la residencia. Además, en relación con el consentimiento del residente para la entrada de los agentes del Estado en su residencia, es obligatorio que este consentimiento sea espontáneo y libre de coacción.

68. Con ello se pretende regular y parametrizar las actuaciones de los agentes públicos relacionadas con el allanamiento de domicilio, pretendiendo que cesen los abusos especialmente practicados en las operaciones policiales, así como regular la entrada lícita en el domicilio ajeno, para que no surjan medidas violatorias de los derechos fundamentales de la persona, especialmente de las mujeres y de los niños, niñas y adolescentes.

Conclusión.

69. La sentencia dictada por este Tribunal en el presente caso abordó, en profundidad, la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones cometidas en el marco de una persecución penal contra las víctimas, a la luz de la Convención.

70. Este voto razonado ha pretendido demostrar que los allanamientos domiciliarios nocturnos son incompatibles con la Convención y con los estándares de esta Corte, siendo admisibles sólo en situaciones absolutamente excepcionales y, sobre todo, cuando están clara y notoriamente previstas en la Constitución o la Ley y requieren una motivación reforzada que justifique las razones por las cuales no se puede hacer la diligencia en horario no nocturno. Es decir, no pueden ser considerados por los Estados como procedimientos rutinarios de persecución penal, a libre disposición de los operadores de justicia, sino como instrumentos que constituyen una de las más graves intervenciones en la esfera de los derechos individuales. Por esta razón, los allanamientos nocturnos sólo pueden justificarse mediante la más estricta observancia acumulada de los dictámenes de legalidad y proporcionalidad en todas sus dimensiones.

Nancy Hernández López
Jueza

Rodrigo Mudrovitsch
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario